

2015년 교육행정직 9급 행정법총론 기출해설(A책형)

해설자 : 이형찬

1. 다음 판례의 내용 중 괄호 안에 알맞은 원칙은?

오늘날 ()은 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라, 국가공동체와 그 구성원에게 기본적으로 중요 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권실현과 관련된 영역에 있어서는 국민의 대표자인 입법자가 그 본질적 사항에 대해서 스스로 결정하여야 한다는 요구까지 내포하고 있다.

- ① 법률우위원칙
- ② 법률유보원칙
- ③ 명확성의원칙
- ④ 소급입법금지의원칙

1. 정답 ②

해설 오늘날 법률유보원칙은 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라, 국가공동체와 그 구성원에게 기본적으로 중요 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권실현과 관련된 영역에 있어서는 국민의 대표자인 입법자가 그 본질적 사항에 대해서 스스로 결정하여야 한다는 요구까지 내포하고 있다(의회유보원칙). 그런데 텔레비전방송수신료는 대다수 국민의 재산권 보장의 측면이나 한국방송공사에게 보장된 방송자유 측면에서 국민의 기본권실현에 관련된 영역에 속하고, 수신료금액의 결정은 납부의무자의 범위 등과 함께 수신료에 관한 본질적인 중요한 사항이므로 국회가 스스로 행하여야 하는 사항에 속하는 것임에도 불구하고 한국방송공사법 제36조 제1항에서 국회의 결정이나 관여를 배제한 채 한국방송공사로 하여금 수신료금액을 결정해서 문화관광부장관의 승인을 얻도록 한 것은 법률유보원칙에 위반된다(헌재 1999. 5. 27. 98헌바70).

2. 개인적 공권에 관한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 행정개입청구권은 현행법상 의무이행소송을 통하여 행사될 수 있다.
- ② 처분의 근거법규가 재량규정으로 되어 있는 경우에는 공권이 성립될 수 없다.
- ③ 헌법상의 모든 기본권은 법률에 의해 구체화되지 않더라도 재판상 주장될 수 있는 구체적 공권이다.
- ④ 처분의 직접적인 근거 법규뿐만 아니라 관계법규가 사익을 보호하는 것으로 인정되는 경우에도 공권이 성립될 수 있다.

2. 정답 ④

해설 ① 현행법상 의무이행소송은 인정되지 않는다.

- ② 처분의 근거법규가 재량규정이라도 무하자재량행사청구권은 인정가능하다는 것이 다수설이다.
- ③ 헌법상 기본권 모두가 직접 국민에게 현실적이고 구체적인 권리를 부여하는, 즉 재판에 의하여 구체될 수 있는 개인적 공권이라고 할 수는 없다. 다만, 법률의 구체화를 필요로 하지 않고 직접 적용될 수 있는 기본권의 경우(자유권적 기본권)에는 재판상 주장될 수 있는 개인적 공권으

로 볼 수 있지만, 인간다운 생활을 할 권리 등 사회권적 기본권은 원칙적으로 법률에 의해 구체화되어야 재판상 주장될 수 있는 공권이 된다.

④ 처분의 직접적인 근거 법규뿐만 아니라 관계법규가 사익을 보호하는 것으로 인정되는 경우에도 공권이 성립될 수 있다. 근거 법규 및 관계법규가 없는 경우에도 기본권을 근거로 공권을 인정하는 것이 판례의 입장이다.

3. 다음은 행정의 자기구속에 관한 판례의 내용이다. (ㄱ)과 (ㄴ)에 들어갈 행정법의 일반원칙으로 옳은 것은?

재량권 행사의 준칙인 행정규칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이루어지게 되면 (ㄱ)이나 (ㄴ)에 따라 행정기관은 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 받게 되므로, 이러한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그를 위반하는 처분은 (ㄱ)이나 (ㄴ)에 위배되어 재량권을 일탈·남용한 위법한 처분이 된다.

- | ㄱ | ㄴ |
|---------|-----------|
| ① 비례의원칙 | 신뢰보호의원칙 |
| ② 평등의원칙 | 신뢰보호의원칙 |
| ③ 비례의원칙 | 부당결부금지의원칙 |
| ④ 평등의원칙 | 부당결부금지의원칙 |

3. 정답 ②

해설 행정규칙이 법령의 규정에 의하여 행정관청에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 경우, 또는 재량권행사의 준칙인 규칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이루어지게 되면, 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관은 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 당하게 되고, 그러한 경우에는 대외적인 구속력을 가지게 된다 할 것이다(헌법재판소 1990.9.3. 90헌마13).

4. 사인의 공법행위로서의 신고에 관한 설명으로 옳은 것은 ?

- ① 「행정절차법」은 수리를 요하는 신고와 수리를 요하지 않는 신고를 구분하여 별도로 규정하고 있다.
- ② 수리를 요하는 신고의 경우에는 신고의 요건을 갖춘 신고서가 접수기관에 도달되면 신고의 효력이 발생한다.
- ③ 판례에 따르면, 주민등록의 신고는 행정청이 수리한 경우에 비로소 신고의 효력이 발생한다.
- ④ 판례에 따르면, 인·허가의제효과를 수반하는 건축신고는 특별한사정이 없는 한 수리를 요하지 않는 신고이다.

4. 정답 ③

해설 ① 행정절차법상 신고는 수리를 요하지 않는 신고 즉, 자기완결적 사인의 공법행위로서 신고에 관해 규정하고 있다.

② 수리를 요하는 신고의 경우에는 신고의 요건을 갖춘 신고서가 접수기관에 도달하고 행정청이 수리해야 비로소 신고의 효력이 발생한다.

③ 주민등록은 단순히 주민의 거주관계를 파악하고 인구의 동태를 명확히 하는 것 외에도 주민등록에 따라 공법관계상의 여러 가지 법률상 효과가 나타나게 되는 것으로서, 주민등록의 신고는 행정청에 도달하기만 하면 신고로서의 효력이 발생하는 것이 아니라 행정청이 수리한 경우에 비

로소 신고의 효력이 발생한다. 따라서 주민등록 신고서를 행정청에 제출하였다가 행정청이 이를 수리하기 전에 신고서의 내용을 수정하여 위와 같이 수정된 전입신고서가 수리되었다면 수정된 사항에 따라서 주민등록 신고가 이루어진 것으로 보는 것이 타당하다(대법원 2009.1.30. 선고 2006다17850).

④ 건축법 제14조 제2항에 의한 인·허가의제 효과를 수반하는 건축신고가, 행정청이 그 실체적 요건에 관한 심사를 한 후 수리하여야 하는 이른바 ‘수리를 요하는 신고’에 해당한다. 건축신고만으로 인·허가의제사항에 관한 일체의 요건 심사가 배제된다고 한다면, 중대한 공익상의 침해나 이해관계인의 피해를 야기하고 관련 법률에서 인·허가 제도를 통하여 사인의 행위를 사전에 감독하고자 하는 규율체계 전반을 무너뜨릴 우려가 있다. 따라서, 국토의 계획 및 이용에 관한 법률상의 개발행위허가로 의제되는 건축신고가 개발행위허가의 기준을 갖추지 못한 경우, 행정청이 수리를 거부할 수 있다(대법원 2011.1.20. 선고 2010두14954 전원합의체 판결).

5. 행정행위의 성립요건과 효력발생요건을 구분할 경우 효력발생요건에 해당하는 것은?

- ① 상대방에게 통지되어 도달되어야 한다.
- ② 내용이 법률상으로는 사실상으로 실현가능해야 한다.
- ③ 법령상 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 문서로 하여야 한다.
- ④ 당해 행정행위를 발할 수 있는 권한을 가진 자에 의해 행해져야 한다.

5. 정답 ①

해설 행정행위는 성립요건과 효력요건이 있다. 성립요건으로 주체에 관한 요건, 절차에 관한 요건, 형식에 관한 요건, 내용에 관한 요건있으며, 효력발생요건은 행정행위가 성립요건을 갖추어 상대방에게 통지되어야 효력이 발생하므로 ①의 상대방에게 통지되어 도달되어야 한다는 것은 효력발생요건이다.

6. 행정행위에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 행정행위는 법률행위이므로, 행정청이 도로를 보수하는 행위는 행정행위가 아니다.
- ② 행정행위는 당해 행위로써 직접 법적효과를 가져오는 행위이므로, 행정청이 건축허가의 신청을 반려하는 행위는 행정행위가 아니다.
- ③ 행정행위는 국민에 대하여 법적 효과를 발생시키는 행위이므로, 행정청이 귀화신청인에게 귀화를 허가하는 행위는 행정행위가 아니다.
- ④ 행정행위는 공법상의 행위이므로, 행정청이 특정인에게 어업권과 같이 사권의 성질을 가지는 권리를 설정하는 행위는 행정행위가 아니다.

6. 정답 ①

해설 ① 행정행위는 법률행위이므로, 행정청이 도로를 보수하는 행위는 사실행위(비법적 행위)로 행정행위가 아니다.

② 행정청이 건축허가의 신청을 반려하는 행위는 당해 행위로써 직접 법적 효과를 가져오는 행위이므로 행정행위이다.

③ 행정행위는 국민에 대하여 법적 효과를 발생시키는 행위이므로, 행정청이 귀화신청인에게 귀화를 허가하는 행위는 특허로서 행정행위이다.

④ 행정행위는 공법상의 행위이므로, 공법상 규율을 받는 행위이면 된다. 따라서, 행정청이 특정인에게 어업권과 같이 사권의 성질을 가지는 권리를 설정하는 행위는 사법상 효과가 발생하지만 공법적 규율을 받는 행위이므로 행정행위이다.

7. 행정행위의 부관에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 법률효과의 일부배제는 법률에 근거가 있어야 한다.
- ② 부관은 주된 행정행위와 실질적 관련성이 있어야 한다.
- ③ 부담을 불이행하면 주된 행정행위의 효력이 당연히 소멸한다.
- ④ 장래의 도래가 불확실한 사실에 행정행위의 효력발생을 의존시키는 조건을 정지조건이라 한다.

7. 정답 ③

해설 ① 법률효과의 일부배제는 다른 부관과 다르게 법이 정한 효과를 일부배제하므로 법률에 근거가 있어야 한다.

② 부관은 주된 행정행위와 실질적 관련성이 있어야 한다. 실질적 관련성이 없으면 부당결부금지의 원칙을 위반하게 되어 위법하게 된다.

③ 부담부 행정처분에 있어서 처분의 상대방이 부담(의무)을 이행하지 아니한 경우에 처분행정청 으로서는 이를 들어 당해 처분을 취소(철회)할 수 있는 것이다(대법원 1989.10.24. 선고 89누 2431).

④ 장래의 도래가 불확실한 사실에 행정행위의 효력발생을 의존시키는 조건을 정지조건이라 하며, 장래의 도래가 불확실한 사실에 행정행위의 효력소멸을 의존시키는 조건을 해제조건이라 한다.

8. 행정행위의 효력에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 불가쟁력은 행정행위의 상대방 및 이해관계인에 대한 구속력이다.
- ② 상대방에게 일정한 의무를 부과하는 하명은 집행력을 가진다.
- ③ 구성요건적 효력은 행정행위의 유·무효를 불문하고 인정되는 구속력이다.
- ④ 불가변력이 있는 행정행위도 쟁송제기기간이 경과하기 전에는 쟁송을 제기하여 그 효력을 다룰 수 있다.

8. 정답 ③

해설 ① 불가쟁력은 제소기간 도과등으로 더 이상 다룰 수 없는 효력으로 행정행위의 상대방 및 이해관계인에 대한 구속력이다.

② 상대방에게 일정한 의무를 부과하는 하명은 집행력을 가진다. 결국, 하명이 부과된 행정행위 에서 그 불이행시에 집행력이 인정된다.

③ 공정력과 구성요건적 효력은 행정행위가 무효인 경우에는 인정되지 않는다.

④ 불가쟁력과 불가변력은 무관하므로 불가변력이 있는 행정행위도 쟁송제기기간이 경과하기 전 에는 쟁송을 제기하여 그 효력을 다룰 수 있다.

9. 행정행위의 철회에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 철회권 행사는 비례의 원칙에 적합해야 한다.
- ② 감독청은 법령에 특별한 근거가 없더라도 철회권자가 될 수 있다.
- ③ 철회의 효과는 장래에 미치는 것이 원칙이지만, 예외적으로 소급효를 인정할 수 있다.
- ④ 수익적 행정행위의 철회에 있어서 별도의 법적 근거가 필요한지의 여부에 대해서는 견해의 대립이 있다.

9. 정답 ②

해설 ① 철회권 행사에는 법률우위의 원칙이 적용되므로 비례의 원칙, 신뢰보호의 원칙 등 각종 일반원칙을 준수하면서 행해야 한다.

② 행정행위의 철회는 처분청만이 할 수 있다. 감독청은 처분청에 철회를 명할 수 있으나, 법률에 특별한 규정이 없는 한, 직접 당해 행위를 철회할 수 없다.

③ 철회의 효과는 원칙적으로 장래에 향해서만 발생한다. 따라서, 철회는 상대방에게 귀책사유가 있는지 여하와 상관없이 언제나 장래에 향하여서 행정행위의 효력이 소멸된다. 그러나, 그 소급효를 인정하지 아니하면 철회의 의의가 없게 되는 경우에는 예외적으로 그 소급효를 인정될 수 있다고 보는 견해도 있다.

④ 일반적으로 철회는 법적 근거를 요하지 않지만, 수익적 행정행위의 철회는 상대방에게 불이익이 되므로 별도의 법적 근거가 필요한지의 여부에 대해서는 견해의 대립이 있다.

10. 행정심판의 재결은 다음 행위 중 어느 것에 해당하는가?

- ① 공증행위
- ② 수리행위
- ③ 통지행위
- ④ 확인행위

10. 정답 ④

해설 행정심판의 재결은 준사법적 행위로서 의문이나 다툼이 있는 경우에 공적 권위로 확정하는 확인행위이다.

11. 법규명령과 행정규칙에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 현행 헌법상 헌법적 효력을 갖는 비상명령이 인정된다.
- ② 헌법은 법규명령의 발령권자를 대통령과 각부장관으로 한정하고 있다.
- ③ 판례는 대통령령의 형식으로 정해진 제재적 처분기준을 법규명령으로 본다.
- ④ 대통령령에 대한 법률의 위임은 반드시 구체적으로 범위를 정하여 할 필요가 없으며 포괄적인 것으로 족하다.

11. 정답 ③

해설 ① 과거에 4공과 5공화국 시절에 헌법적 효력을 갖는 비상명령을 인정했으나, 현행 헌법상 헌법적 효력을 갖는 비상명령은 부정된다.

② 헌법은 법규명령의 발령권자를 대통령과 각부장관으로 한정하고 있지 않으며, 입법형식을 예시적으로 인정하고 있다고 보는 것이 다수설이다.

③ 주택건설촉진법 제7조 제2항의 위임에 터잡아 행정처분의 기준을 정한 주택건설촉진법시행령 제10조의3 제1항 [별표 1]이 법규명령에 해당한다(대판 1997.12.26. 선고 97누15418).

④ 대통령령에 위임된 부분의 대강을 국민이 예측할 수 있도록 위임법률에 구체적으로 정하여져 있다고 할 수 있으므로, 위임입법의 범위와 한계를 규정한 헌법 제75조에 위반되지 아니하고, 위와 같은 행위를 범죄구성요건으로 하고 있는 같은 법 제92조 제1호는 죄형법정주의를 규정한 헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항 및 그 파생적 원리의 하나인 형벌법규의 명확성의 원칙에 위반되지 아니한다(헌법재판소 1994.7.29. 93헌가12). 결국, 대통령령에 대한 법률의 위임은 위임된 부분의 대강을 국민이 예측할 수 있도록 구체적으로 범위를 정하여 할 필요가 있으며, 포괄적인 위임은 위헌이다.

12. 행정계획에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 행정계획은 법률의 형식으로 수립되어야 한다.
- ② 행정계획에는 행정청의 재량이 인정되지 않는다.
- ③ 행정계획의 절차에 관한 일반법으로 「행정계획절차법」이 시행되고 있다.
- ④ 국민의 권리·의무에 구체적·개별적인 영향을 미치는 행정계획은 처분성이 인정된다.

12. 정답 ④

해설 ① 행정계획은 법률형식, 예산형식, 명령 또는 조례형식, 행정행위 형식 등 다양한 형식으로 책정된다.

② 행정계획이라 함은 행정에 관한 전문적·기술적 판단을 기초로 하여 도시의 건설·정비·개발 등과 같은 특정한 행정목표를 달성하기 위하여 서로 관련되는 행정수단을 종합·조정함으로써 장래의 일정한 시점에 있어서 일정한 질서를 실현하기 위한 활동기준으로 설정된 것으로서, 관계 법령에는 추상적인 행정목표와 절차만이 규정되어 있을 뿐 행정계획의 내용에 관하여는 별다른 규정을 두고 있지 아니하므로 행정주체는 구체적인 행정계획을 입안·결정함에 있어서 비교적 광범위한 형성의 자유를 가진다(대법원 2007.4.12. 선고 2005두1893).

③ 행정계획의 절차에 관한 일반법으로 「행정계획절차법」은 존재하지 않는 법이다.

④ 도시계획법 제12조 소정의 고시된 도시계획결정은 특정 개인의 권리 내지 법률상의 이익을 개별적이고 구체적으로 규제하는 효과를 가져오게 하는 행정청의 처분이라 할 것이고, 이는 행정소송의 대상이 된다(대법원 1982.3.9. 선고 80누105).

13. 행정지도에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 대집행의 계고는 행정지도에 해당한다.
- ② 행정지도에는 비례의 원칙이 적용되지 않는다.
- ③ 행정지도는 반드시 문서로 하여야 하는 것은 아니다.
- ④ 「행정절차법」은 행정지도에 관한 규정을 두고 있지 않다.

13. 정답 ③

해설 ① 계고처분은 그 처분 자체만으로써는 행정적 법률효과를 발생시키는 것은 아니나, 대집행영장을 발부하고 대집행을 하는데 전제가 되는 것이므로 행정처분이라 할 수 있다(대판 1962.10.18. 62누117). 결국, 행정지도에 해당하는 것은 아니다.

② 행정지도는 그 목적 달성에 필요한 최소한도에 그쳐야 하며, 행정지도의 상대방의 의사에 반하여 부당하게 강요하여서는 아니 된다(행정절차법 제48조 제1항). 결국, 현행법상 과잉지도금지의 원칙과 임의성의 원칙을 규정하고 있다.

③ 행정지도가 말로 이루어지는 경우에 상대방이 일정한 사항을 적은 서면의 교부를 요구하면 그 행정지도를 하는 자는 직무 수행에 특별한 지장이 없으면 이를 교부하여야 한다(동법 제49조 제2항). 행정지도실명제를 규정하고 있으므로 행정지도가 서면으로 하든 말로 하든 관계없다.

④ 「행정절차법」은 행정지도에 관한 규정을 두고 있다.

14. 「행정절차법」상 행정절차에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 「행정절차법」은 당사자의 신청에 의한 청문을 인정하고 있다.
- ② 행정청은 신청에 구비서류의 미비등 흠이 있는 경우에는 지체없이 그 신청을 반려하여야 한다.

- ③ 행정청은 신속한 처리가 필요하여 처분을 말로써 하는 경우 당사자가 요청하면 해당 처분에 관한 문서를 주어야 한다.
- ④ 행정청이 전자공청회를 실시하는 경우에는 누구든지 정보통신망을 이용하여 의견을 제출할 수 있다.

14. 정답 ②

- 해설** ① 인허가 등의 취소, 신분·자격의 박탈, 법인이나 조합 등의 설립허가의 취소의 처분 시 의견제출기한 내에 당사자등의 신청이 있는 경우에는 청문을 한다(행정절차법 제22조 제1항).
- ② 행정청은 신청에 구비서류의 미비 등 흠이 있는 경우에는 보완에 필요한 상당한 기간을 정하여 지체 없이 신청인에게 보완을 요구하여야 한다(동법 제17조 제5항). 행정청은 신청인이 제5항에 따른 기간 내에 보완을 하지 아니하였을 때에는 그 이유를 구체적으로 밝혀 접수된 신청을 되돌려 보낼 수 있다(동법 제17조 제6항).
- ③ 행정청이 처분을 할 때에는 다른 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 문서로 하여야 하며, 전자문서로 하는 경우에는 당사자등의 동의가 있어야 한다. 다만, 신속히 처리할 필요가 있거나 사안이 경미한 경우에는 말 또는 그 밖의 방법으로 할 수 있다. 이 경우 당사자가 요청하면 지체 없이 처분에 관한 문서를 주어야 한다(동법 제24조 제1항).
- ④ 전자공청회를 실시하는 경우에는 누구든지 정보통신망을 이용하여 의견을 제출하거나 제출된 의견 등에 대한 토론에 참여할 수 있다(동법 제38조의2 제3항).

15. 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」상 정보공개에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 외국인은 국내에 주소를 두고 거주하는 경우에도, 정보공개청구권이 인정되지 않는다.
- ② 공공기관은 정보의 비공개결정을 한 경우 청구인에게 비공개 이유와 불복의 방법 및 절차를 구체적으로 밝혀 문서로 통지하여야 한다.
- ③ 공공기관의 비공개 결정에 대하여 불복이 있는 청구인은 해당 공공기관의 상급기관에 이의신청을 하여야 한다.
- ④ 비공개결정에 대하여 청구인은 이의신청절차를 거치지 않고서는 행정심판을 청구할 수 없다.

15. 정답 ②

- 해설** ① 외국인은 국내에 일정한 주소를 두고 거주하거나 학술·연구를 위하여 일시적으로 체류하는 사람인 경우에는 정보공개청구권이 인정된다.
- ② 공공기관은 정보의 비공개 결정을 한 경우에는 그 사실을 청구인에게 지체 없이 문서로 통지하여야 한다. 이 경우 비공개 이유와 불복(不服)의 방법 및 절차를 구체적으로 밝혀야 한다(공공기관의 정보공개에 관한 법률 제13조 제4항).
- ③ 청구인이 정보공개와 관련한 공공기관의 비공개 결정 또는 부분 공개 결정에 대하여 불복이 있거나 정보공개 청구 후 20일이 경과하도록 정보공개 결정이 없는 때에는 공공기관으로부터 정보공개 여부의 결정 통지를 받은 날 또는 정보공개 청구 후 20일이 경과한 날부터 30일 이내에 해당 공공기관에 문서로 이의신청을 할 수 있다(동법 제18조 제1항).
- ④ 청구인은 이의신청 절차를 거치지 아니하고 행정심판을 청구할 수 있다(동법 제19조 제2항).

16. 행정상 강제집행 중 대집행에 관한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 비대체적 작위의무의 위반은 그 자체로서 대집행의 대상이 될 수 없다.
- ② 행정청은 부작위의무의 위반에 대하여 그 시정을 별도로 명하지 아니하더라도 대집행을 할 수 있다.
- ③ 행정청이 동일한 내용의 철거대집행 계고를 반복적으로 한 경우에 선행 계고와 후행 계고는

모두 행정처분에 해당한다.

④ 대집행영장의 통지는 비상시의 경우라도 생략할 수 없다.

16. 정답 ①

해설 ① 피수용자 등이 기업자에 대하여 부담하는 수용대상 토지의 인도의무에 관한 구 토지수용법 제63조, 제64조, 제77조 규정에서의 '인도'에는 명도도 포함되는 것으로 보아야 하고, 이러한 명도의무는 그것을 강제적으로 실현하면서 직접적인 실행행사가 필요한 것이지 대체적 작위의무라고 볼 수 없으므로 특별한 사정이 없는 한 행정대집행법에 의한 대집행의 대상이 될 수 있는 것이 아니다(대법원 2005.8.19. 선고 2004다2809).

② 금지규정에서 작위의무 명령권이 당연히 도출되지 않는다. 법치주의의 원리에 비추어 볼 때 위와 같은 부작위의무로부터 그 의무를 위반함으로써 생긴 결과를 시정하기 위한 작위의무를 당연히 끌어낼 수는 없으며, 또 위 금지규정(특히 허가를 유보한 상대적 금지규정)으로부터 작위의무, 즉 위반결과의 시정을 명하는 권한이 당연히 추론되는 것도 아니다(대법원 1996.6.28. 선고 96누4374).

③ 행정대집행법상의 건물철거의무는 제1차 철거명령 및 계고처분으로서 발생하였고 제2차, 제3차의 계고처분은 새로운 철거의무를 부과한 것이 아니고 다만 대집행기한의 연기통지에 불과하므로 행정처분이 아니다(대법원 1994.10.28. 선고 94누5144).

④ 의무자가 전항의 계고를 받고 지정기한까지 그 의무를 이행하지 아니할 때에는 당해 행정청은 대집행영장으로써 대집행을 할 시기, 대집행을 시키기 위하여 파견하는 집행책임자의 성명과 대집행에 요하는 비용의 개산에 의한 견적액을 의무자에게 통지하여야 한다(행정대집행법 제3조 제2항). 비상시 또는 위험이 절박한 경우에 있어서 당해 행위의 급속한 실시를 요하여 전2항에 규정한 수속을 취할 여유가 없을 때에는 그 수속을 거치지 아니하고 대집행을 할 수 있다(행정대집행법 제3조 제3항).

17. 「국가배상법」상 국가배상책임의 요건에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

① 절차상의 위법도 「국가배상법」상 법령위반에 해당한다.

② 국가배상책임의 요건으로서 직무행위에는 국회의 입법작용도 포함된다.

③ 국가배상책임의 대상이 되는 손해에는 재산상의 손해는 물론 정신상의 손해도 포함된다.

④ 불법행위를 행한 가해 공무원을 특정할 수 없는 경우에는 국가배상책임이 인정되지 않는다.

17. 정답 ④

해설 ① 여기서 '법령에 위반하여'라고 하는 것이 엄격하게 형식적 의미의 법령에 명시적으로 공무원의 작위의무가 규정되어 있는데도 이를 위반하는 경우만을 의미하는 것은 아니고, 국민의 생명, 신체, 재산 등에 대하여 절박하고 중대한 위험상태가 발생하였거나 발생할 우려가 있어서 국민의 생명, 신체, 재산 등을 보호하는 것을 본래적 사명으로 하는 국가가 초법규적, 일차적으로 그 위험 배제에 나서지 아니하면 국민의 생명, 신체, 재산 등을 보호할 수 없는 경우에는 형식적 의미의 법령에 근거가 없더라도 국가나 관련 공무원에 대하여 그러한 위험을 배제할 작위의무를 인정할 수 있을 것이다(대법원 2001.4.24. 선고 2000다57856). 국가배상법 제2조에 이른바 법령에 위반하여라함은 일반적으로 위법행위를 함을 말하는 것이고, 단순한 행정적인 내부규칙에 위배하는 것을 포함하지 아니한다(대법원 1973.1.30. 선고 72다2062).

② 직무를 집행하면서란 객관적으로 직무의 범위에 속하는 행위는 물론이고, 직무와 밀접하게 관련된 행위도 포함된다. 행정작용, 입법작용, 사법작용이 모두 포함된다.

③ 손해라 함은 권리침해로 인한 모든 불이익을 말하며, 반사적 이익의 침해는 포함되지 않는다. 재산적 손해이든 비재산적 손해이든 혹은 적극적 손해이든 소극적 손해이든 불문한다.

④ 국가배상법 제2조 소정의 '공무원'이라 함은 국가공무원법이나 지방공무원법에 의하여 공무원으로서의 신분을 가진 자에 국한하지 않고, 널리 공무를 위탁받아 실질적으로 공무에 종사하고

있는 일체의 자를 가리키는 것으로서, 공무의 위탁이 일시적이고 한정적인 사항에 관한 활동을 위한 것이어도 달리 볼 것은 아니다(대법원 2001.1.5. 선고 98다39060). 집단에 의한 폭행시 불법행위자를 특정할 수 없어도 국가배상은 성립(대판 1995.11.10. 선고 95다23897).

18. 행정소송에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 소송요건의 구비 여부는 법원에 의한 직권조사사항으로 당사자의 주장에 구속되지 않는다.
- ② 무효확인소송은 즉시확정의 이익이 있는 경우에만 보충적으로 허용된다는 것이 판례의 입장이다.
- ③ 부작위위법확인소송의 대상이 되는 부작위는 당사자의 신청이 없더라도 성립할 수 있다.
- ④ 당사자소송의 피고는 원칙적으로 당해 처분을 행한 처분청이 된다.

18. 정답 ①

해설 ① 소송요건의 구비 여부는 법원에 의한 직권조사사항으로 당사자의 주장에 구속되지 않는다.

② 행정소송법 제35조에 규정된 ‘무효확인을 구할 법률상 이익’이 있는지를 판단할 때 행정처분의 무효를 전제로 한 이행소송 등과 같은 직접적인 구제수단이 있는지를 따져보아야 할 필요가 없다. 행정처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 있는 경우에는 행정소송법 제35조에 규정된 ‘무효확인을 구할 법률상 이익’이 있다고 보아야 하고, 이와 별도로 무효확인소송의 보충성이 요구되는 것은 아니므로 행정처분의 무효를 전제로 한 이행소송 등과 같은 직접적인 구제수단이 있는지 여부를 따질 필요가 없다고 해석함이 상당하다(대법원 2008.3.20. 선고 2007두6342 전원합의체 판결). 결국, 법적 보호이익설을 취한다.

③ 법령상 조리상 신청권이 있는 자만 원고적격 인정된다. 당사자가 행정청에 대하여 어떠한 행정행위를 하여 줄 것을 신청하지 아니하거나 그러한 신청을 하였더라도 당사자가 행정청에 대하여 그러한 행정행위를 하여 줄 것을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 권리를 가지고 있지 아니한 경우에는 원고적격이 없거나 항고소송의 대상인 위법한 부작위가 있다고 볼 수 없어 그 부작위위법확인소는 부적법하다(대판 1995.9.15. 95누7345).

④ 당사자소송은 국가·공공단체 그 밖의 권리주체를 피고로 한다(행정소송법 제39조).

19. 취소소송의 소송요건에 관한 설명으로 옳은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 재결취소소송의 대상이 되는 재결의 고유한 위법에는 주체·형식·절차상의 위법은 물론, 내용상의 위법도 포함된다.
- ② 행정청의 거부행위가 거부처분이 되려면 국민에게 법규상의 신청권이 있어야 하며, 조리상의 신청권으로는 될 수 없다.
- ③ 환경영향평가 대상지역 밖의 주민은 자신에 대한 수인 한도를 넘는 환경피해를 입증하더라도 원고적격이 인정될 수 없다.
- ④ 처분이 있음을 알고 90일이 경과하였더라도 처분이 있는지 1년이 경과하지 않은 경우에는 취소소송을 제기할 수 있다.

19. 정답 ①

해설 ① 행정처분에 대한 행정심판청구를 각하한 재결에 대한 항고소송은 원처분의 존재여부나 그 유·무효를 이유로 주장할 수 없고, 그 재결 자체에 주체, 절차, 형식 또는 내용상의 위법이 있는 경우에 한한다 할 것이다(대법원 1995.5.26. 선고 94누7010).

② 국민의 적극적 행위 신청에 대하여 행정청이 그 신청에 따른 행위를 하지 않았다고 거부한 행위가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는 것이라고 하려면, 그 신청한 행위가 공권력

의 행사 또는 이에 준하는 행정작용이어야 하고, 그 거부행위가 신청인의 법률관계에 어떤 변동을 일으키는 것이어야 하며, 그 국민에게 그 행위발동을 요구할 법규상 또는 조리상의 신청권이 있어야 하는바, 여기에서 '신청인의 법률관계에 어떤 변동을 일으키는 것'이라는 의미는 신청인의 실체상의 권리관계에 직접적인 변동을 일으키는 것은 물론, 그렇지 않다 하더라도 신청인이 실체상의 권리자로서 권리를 행사함에 중대한 지장을 초래하는 것도 포함한다(대법원 2007.10.11. 선고 2007두1316).

③ 환경영향평가 대상지역 밖의 주민이라 할지라도 공유수면매립면허처분 등으로 인하여 그 처분 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경피해를 받거나 받을 우려가 있는 경우에는, 공유수면매립면허처분 등으로 인하여 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해우려가 있다는 것을 입증함으로써 그 처분 등의 무효확인을 구할 원고적격을 인정받을 수 있다(대법원 2006.3.16. 선고 2006두330 전원합의체 판결).

④ 두 기간은 선택적인 것이 아니라, 그 중에 어느 하나의 기간이 경과하면 제소기간이 만료된다.

20. 취소소송에 있어 가구제에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 현행 「행정소송법」은 적극적인 가구제수단으로서 임시처분을 명문으로 규정하고 있다.
- ② 현행 「행정소송법」은 취소소송을 제기하면 처분의 효력이 정지되는 집행정지를 원칙으로 한다.
- ③ 집행정지결정은 당사자의 신청이 있는 경우는 물론, 법원의 직권에 의해서도 행해질 수 있다.
- ④ 집행정지결정이 있더라도 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청에 대하여 법적 구속력은 발생하지 않는다.

20. 정답 ③

해설 ① 현행 「행정심판법」은 적극적인 가구제수단으로서 임시처분을 명문으로 규정하고 있다.
② 행정소송법 제23조 제1항에서 “취소소송의 제기는 처분등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행에 영향을 주지 아니한다.”고 규정하여 집행부정지의 원칙을 규정하고 있다.
③ 취소소송이 제기된 경우에 처분등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정할 때에는 본안이 계속되고 있는 법원은 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 처분등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지를 결정할 수 있다. 다만, 처분의 효력정지는 처분등의 집행 또는 절차의 속행을 정지함으로써 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다(동법 제23조 제2항).
④ 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청에 대하여 법적 구속력인 기속력은 집행정지결정에도 적용된다(동법 제23조 제6항).